Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2014–2015

Aanhangsel van de Handelingen

Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden

2313

Vragen van het lid **Thieme** (PvdD) aan de Minister voor Buitenlandse handel en Ontwikkelingssamenwerking over *de gevolgen van de ISDS clausules in Nederlandse handelsverdragen voor ontwikkelingslanden* (ingezonden 1 april 2015).

Antwoord van Minister **Ploumen** (Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking) (ontvangen 20 mei 2015)

Vraag 1
Kunt u bevestigen dat bedrijven van investeringsbeschermingsclausules (ISDS) in handelsverdragen gebruik maken om geld te claimen bij landen die in hun ogen beperkende regels opstellen om bijvoorbeeld het milieu of de volksgezondheid te beschermen?[1] Zo ja, wat vindt u daar eigenlijk van?

Antwoord 1
De afspraken in handels- en investeringsverdragen over investeringsbescherming geven buitenlandse investeerders het recht een beroep te doen op de in het verdrag voorziene regeling voor de beslechting van geschillen, Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Een investeerder kan hier een beroep op doen indien hij meent schade te hebben geleden aan zijn investering door ongerechtvaardigd overheidsingrijpen. Er moet dan worden vastgesteld dat bepaald overheidshandelen in strijd is met de gemaakte internationale afspraken uit het verdrag. Hierbij gaat het om basisregels voor de behandeling van buitenlandse investeerders en hun investeringen, zoals wij die ook onder het nationale recht kennen. Deze basisregels zien op een eerlijke en billijke behandeling van buitenlandse investeerders, non-discriminatoire behandeling, het onbeperkt overmaken van kapitaal en het stellen van voorwaarden op basis waarvan onteigend mag worden (alleen met gepaste schadevergoeding). Mogelijke betaling van compensatie zal alleen van toepassing zijn indien er sprake is van schending van die standaarden en de staat derhalve onjuist heeft gehandeld. Een dergelijke alternatieve route van internationale geschillenbeslechting is van belang, omdat de kwaliteit van nationale rechtsgang of een eerlijk proces in het buitenland niet overal gegarandeerd is.
Om de zorgen te adresseren dat publieke belangen, zoals het milieu en volksgezondheid gewaarborgd blijven, is er op dit moment over investerings-

[1] Opinie Noelle Geubbels, «wij claimen zelf arme landen kapot», Volkskrant, 27 maart, p 20.

ah-tk-20142015-2313
ISSN 0921 - 7398
’s-Gravenhage 2015

bescherming met name in het kader van TTIP een proces van reflectie gaande, zowel op nationaal als op EU-niveau. Nederland zet zich er in dat kader voor in om het traditionele regime van investeringsbescherming te verbeteren en te vernieuwen. Het is hierbij voor Nederland van belang dat het recht van staten om in het publieke belang non-discriminatoire maatregelen te nemen wordt gewaarborgd, zonder daarbij het risico van schadeclaims te lopen. Misbruik van het systeem moet voorkomen worden. Daarnaast dient het ISDS-mechanisme transparanter te worden en dient de onafhankelijkheid van arbiters gegarandeerd te worden. Hiertoe heeft Nederland samen met een aantal andere EU-lidstaten – waaronder Duitsland en Frankrijk- voorstellen ingediend. Deze zijn op 6 maart jl. tevens naar de Tweede Kamer gestuurd (Kamerstuk 21 501-02, nr. 1465). Zie hierover ook de brief van 9 april jl. in reactie op de motie Maij c.s. inzake de ratificatie van TTIP (Kamerstuk 21 501-02, nr. 1481). Op 6 en 7 mei jl. heeft de Europese Commissie haar visie hierop toegelicht, waarover u op 8 mei verslag heeft ontvangen.

Vraag 2
Kunt u een overzicht sturen van alle handelsverdragen die Nederland heeft afgesloten of waar zij via de EU deel vanuit maakt waarin ISDS-clausules zijn opgenomen? Bij hoeveel van de door Nederland afgesloten handelsverdragen is een dergelijke clausule opgenomen?

Antwoord 2
Nederland heeft 107 investeringsbeschermingsverdragen (IBO's) gesloten, waarvan er op dit moment 92 van kracht zijn. De verdragen met Bolivia, Venezuela en Zuid-Afrika zijn beëindigd en zeven verdragen zijn tussentijds herzien. Het verdrag met Indonesië wordt per 1 juli 2015 beëindigd. Er zijn vijf verdragen getekend, maar nog niet geratificeerd (Brazilië, Chili, Eritrea, Oman en de Verenigde Arabische Emiraten). Zie voor een volledig overzicht de bijgevoegde lijst.[2]
In vrijwel alle IBO's is voorzien in een internationale geschillenbeslechtingsprocedure tussen een investeerder en een staat (ISDS). De uitzonderingen hierop zijn drie akkoorden afgesloten voor 1972 (met Kameroen, Ivoorkust en Soedan). Ook in het Verdrag inzake het Energiehandvest van 1994 (hierna: Energiehandvestverdrag) is een hoofdstuk over investeringsbescherming en ISDS opgenomen. Bij dit verdrag zijn zowel Nederland als de EU partij.
De EU is pas sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in december 2009 bevoegd tot het sluiten van verdragen met afspraken over investeringsbescherming. Op dit moment zijn in twee vrijhandelsakkoorden een investeringsbeschermingshoofdstuk opgenomen. Deze betreffen het vrijhandelsakkoord tussen de EU en Singapore en het Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) tussen de EU en Canada. Beide akkoorden zijn nog niet getekend en niet geratificeerd.

Vraag 3
Kunt u een overzicht sturen van het gebruik van deze clausules vanaf 2000 tot heden, en daarbij aangeven welk bedrijf van de investeringsbescherming gebruik heeft gemaakt, tegen welke regels of besluit het aanroepen van de ISDS-clausule gericht was, hoeveel geld er werd geëist en of, en zo ja hoe hoog er is uitgekeerd per zaak? Zo nee, waarom niet? Bent u bereid dat uit te (laten) zoeken?

Antwoord 3
Voor een overzicht van het gebruik van ISDS-clausules verwijs ik u naar Annex I van de bijgevoegde studie van UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development).[3] Deze bevat een overzicht van het gebruik van de ISDS-clausule in bij UNCTAD bekende zaken onder internationale investeringsovereenkomsten door Nederlandse investeerders tot en met 2013. Het gaat hier specifiek om ISDS-zaken op grond van Nederlandse IBO's en het Energiehandvestverdrag. De UNCTAD-studie komt tot de conclusie dat er relatief vaak een beroep op Nederlandse IBO's en het Energiehandvestverdrag wordt gedaan in internationale arbitrage.

[2] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[3] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

Cijfermatig is elf procent van de wereldwijde ISDS-zaken door een Nederlandse investeerder aanhangig gemaakt via een Nederlandse IBO of het Energiehandvestverdrag (tot en met 2013 gaat het om 61 van de in totaal 552 aangespannen zaken). Tevens geldt dat 20 procent van alle zaken tegen een Europees land is ingesteld. Een mogelijke verklaring hiervoor is de positie die Nederland als investeringsland wereldwijd inneemt met betrekking tot inkomende en uitgaande investeringen, gecombineerd met het hoge aantal geratificeerde Nederlandse IBO's en het Energiehandvestverdrag.
Wat in het overzicht opvalt is dat de investeringsverdragen waar Nederland partij bij is door een grote verscheidenheid aan bedrijven worden gebruikt. Het betreft zowel grote moeder- en dochtermaatschappijen, als moeder- en dochtermaatschappijen uit de categorie midden-en kleinbedrijf. Ook is er een aantal natuurlijke personen met de Nederlandse nationaliteit geweest die een zaak aanhangig hebben gemaakt via Nederlandse IBO's.
Volgens UNCTAD zijn er in het algemeen twee soorten overheidsgedragingen waartegen arbitrage onder genoemde investeringsverdragen wordt gestart: het annuleren dan wel breken van contractuele afspraken en het intrekken dan wel weigeren van vergunningen. Volgens de bijgevoegde UNCTAD-studie zijn de zaken onder investeringsverdragen waar Nederland partij bij is en de specifieke omstandigheden daarbij zeer divers en variëren zij van de «klassieke» scenario's zoals directe onteigening en privatisering, tot zaken als het gedwongen faillissement van bedrijven.
Het grootste deel van de geschillen die Nederlandse bedrijven zijn gestart onder genoemde verdragen was volgens het UNCTAD-rapport gericht tegen Latijns-Amerikaanse landen (ca. 35 procent) en ca. 30 procent van de geschillen vond plaats binnen de EU, voornamelijk gericht tegen Oost-Europese landen. Deze percentages hebben betrekking op alle geschillen die sinds de eerste geratificeerde Nederlandse IBO tot eind 2013 zijn geïnitieerd Het meest ingeroepen verdrag is de Nederland – Venezuela IBO (14 keer), gevolgd door de IBO met Tsjechië (6 keer). In het geval van zaken tegen voormalige communistische staten gaat het volgens UNCTAD vaak om kwesties die verband houden met de economische transitie van deze staten (bijv. privatisering en economische hervormingen).
De UNCTAD-studie heeft een volledig overzicht van toegekende en niet toegekende claims, en bijbehorende arbiters- en proceskosten niet kunnen achterhalen vanwege een gebrek aan beschikbare data. Waar de gegevens hierover wel bekend zijn is dit aangegeven in annex II van bijgevoegde studie van UNCTAD.
Sinds de stijging van het aantal arbitragezaken in de afgelopen jaren is de noodzaak gegroeid om de kwaliteit van arbitragetribunalen te waarborgen. Dit is ook een van de vier punten die de Europese Commissie noemt in haar op 4 mei jl. gepresenteerde paper over verbetering in investeringsbescherming en ISDS. In dit voorstel komt de Nederlandse inzet[4] voor verbetering goed naar voren. In CETA werden al verbeteringen doorgevoerd op de bestaande praktijk, zoals het instellen van een gedragscode, mogelijkheid voor derde partijen voor het instellen van *amicus curiae briefs,*publieke hoorzittingen en transparantie conform UNCITRAL-transparantieregels. De Commissie stelt in haar jongste voorstellen verder voor om een vaste lijst met arbiters in te stellen, benoemd door de staten. Zo worden expertise en onafhankelijkheid van degene die uitspraak moeten doen in een geschil gewaarborgd. Ook wordt de transparantie verder verbeterd door de mogelijkheid te creëren voor directe belanghebbenden om deel te nemen aan het proces.

Vraag 4
Deelt u de mening dat het op zijn minst vreemd is dat we enerzijds via ontwikkelingshulp landen financieel ondersteunen en anderzijds via onze handelsverdragen ervoor zorgen dat deze landen grote sommen met geld moeten inleveren aan bedrijven?

[4] Zie ook de brief van 25 juni 2014 in reactie op de motie van Van Ojik (Kamerstuk 21 501-02-1397).

Antwoord 4
In dit antwoord ga ik ook in op het SOMO-rapport (2015) *«Socialising losses, privatising gains; how Dutch investment treaties harm the public interest»*.
Het Nederlandse ontwikkelingssamenwerkingsbeleid benadrukt de samenhang tussen het handels- en ontwikkelingsbeleid, waarbij de ambities om wereldwijde, duurzame inclusieve economische groei en succes voor Nederlandse bedrijven in het buitenland te realiseren worden gecombineerd. Zonder handel en investeringen komt duurzame ontwikkeling niet verder. Nederland investeert actief in een ondernemingsklimaat in binnen en buitenland. Deze investeringen bevorderen de werkgelegenheid, brengen know-how, stimuleren een technologie-overdracht en dragen daarmee positief bij aan economische groei.
Afdoende rechtszekerheid is een belangrijke voorwaarde voor het scheppen van een aantrekkelijk vestigingsklimaat en het aantrekken van buitenlandse investeringen. In landen waar nationale wetgeving en instituties onvoldoende bescherming bieden, kunnen investeringsbeschermingsovereenkomsten dienen als alternatief voor het bieden van rechtszekerheid. Uit de studie «De regionale effecten van bilaterale investeringsverdragen op directe buitenlandse investeringen» van het CPB[5] blijkt dat IBO's tussen OESO-landen en al hun handelspartners investeringen bevorderen, in tegenstelling tot wat het SOMO-rapport suggereert. Op bilateraal niveau nemen volgens het CPB de investeringen tussen verdragspartners bij een IBO met gemiddeld 35 procent toe. Het door SOMO voorgestelde alternatief om de rechtstoegang voor investeerders te beperken tot nationale rechtsbescherming biedt dus niet altijd voldoende rechtszekerheid en zal ten koste gaan van investeringen.
Om duurzame groei te bevorderen is het van belang dat de investeringen en handel op een duurzame wijze ingebed raken in de samenleving, zodat de positieve effecten ervan ook daadwerkelijk de lokale samenleving bereiken. Het kabinetsbeleid op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) draagt hieraan bij. Dit stoelt op de UN Guiding Principles on Business and Human Rights en de OESO richtlijnen. In de meest recente investeringsbeschermingsovereenkomsten die Nederland gesloten heeft, wordt ook expliciet verwezen naar de OESO richtlijnen voor multinationale ondernemingen.
In EU verband zet Nederland in op verduurzaming van handelsverdragen. Hierover heb ik gesproken met mijn collega's uit Zweden, Duitsland, Luxemburg en Denemarken tijdens de informele Handelsraad van 25 maart 2014 te Riga. De Commissie pakt dit op, zoals recentelijk in de verdragen met Canada, Vietnam en Myanmar.

Vraag 5
Bent u bereid om de reeds afgesloten handelsverdragen waar Nederland partij in is te herzien en de ISDS-clausules hieruit te verwijderen? Zo nee, waarom niet?

Antwoord 5
Zoals ik heb aangegeven in de brief van 9 april jl. in reactie op de motie Maij c.s. inzake de ratificatie van TTIP (Kamerstuk 21 501-02, nr. 1481), wil Nederland de investeringsbeschermingsovereenkomsten moderniseren en herzien.
Conform mijn toezegging tijdens het VAO over TTIP op 9 april jl. – naar aanleiding van de aangehouden motie van het lid Thieme over het aangeven van een concreet tijdpad voor herziening van de investeringsverdragen – zal ik hieronder ingaan op het proces van de herziening van de bestaande portefeuille van 92 IBO's.
Naar aanleiding van de uitkomsten van het huidige debat over de herziening van het beleid ten aanzien van investeringsbescherming en geschillenbeslechting in IBO's zal Nederland de modeltekst voor dergelijke akkoorden aanpassen. Dit zal in overleg gaan met alle stakeholders. Hierbij wordt aangesloten op de EU-standaard waarover op dit moment het debat nog gaande is. Vervolgens zal een proces van heronderhandeling van de bestaande IBO's gestart worden.

---

[5] Zie ook: http://www.cpb.nl/publicatie/de-regionale-effecten-van-bilaterale-investeringsverdragen-op-directe-buitenlandse-investeringen

Een notificatie waarin aangegeven wordt op welke punten de IBO aangepast zou moeten worden, dient minstens vijf maanden voorafgaand aan de beoogde start van de heronderhandelingen aan de Commissie te worden voorgelegd. Vervolgens dient Nederland voor elk voorstel voor heronderhandeling van een IBO conform de EU Verordening tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen (No. 1219.2012), autorisatie te vragen aan de Europese Commissie. Nederland gaat in een keer autorisatie aan de Commissie vragen om alle IBO's te mogen herzien. De Europese Commissie kan autorisatie onder bepaalde voorwaarden weigeren indien:

- De heronderhandeling in strijd is met EU-recht.
- De Europese Commissie zelf een aanbeveling aan de Raad heeft gedaan om met het betreffende land onderhandelingen te openen (waarmee de IBO uiteindelijk zal worden vervangen door het akkoord met de EU).
- De heronderhandeling strijdig is met de beginselen en doelstellingen van het EU-externe beleid conform het EU-Verdrag.
- Het een serieus obstakel vormt voor onderhandeling en tot stand komen van een bilateraal investeringsverdrag tussen het betreffende derde land en de EU.

De Commissie zal binnen 90 dagen een oordeel geven op het autorisatieverzoek, een termijn die eveneens geldt voor de goedkeuring door de Commissie voor ondertekening en de afsluiting van het nieuwe verdrag De wederpartij zal in moeten stemmen met heronderhandeling van de IBO.

Vraag 6 en 7
In welke mate wordt Nederland door multinationals gebruikt voor treaty shopping, waarbij brievenbusfirma's van multinationals zich alleen in Nederland vestigen om gebruik te maken van bepalingen in onze vrijhandelsakkoorden?
Deelt u de mening dat treaty shopping moet worden voorkomen? Zo nee, waarom niet? Zo ja, bent u bereid mogelijkheden te onderzoeken om een einde te maken aan deze praktijk, bijvoorbeeld door in aansluiting bij het fiscaal recht substance eisen te stellen aan bedrijven die onder afgesloten en nog af te sluiten vrijhandelsverdragen vallen?

Antwoord 6 en 7
Ik deel die mening. Nederland wil een aantrekkelijk vestigingsklimaat voor binnenlandse en buitenlandse investeerders. Een uitgebreid netwerk van investeringsbeschermingsverdragen maakt daar onderdeel van uit. Bedrijven die zich in Nederland als rechtspersoon hebben gevestigd en een investering hebben gedaan in een land waarmee Nederland een verdrag over investeringsbescherming heeft afgesloten, kunnen een beroep op dat verdrag doen. De huidige Nederlandse IBO's stellen hieraan verder geen specifieke voorwaarden. In de nieuwe verdragen van de Commissie is *treaty shopping* niet langer mogelijk en Nederland wil dit ook herzien in de eigen IBO's. Zoals ik in de brief van 25 juni 2014 in reactie op de motie van Ojik (Kamerstuk 21 501-02-1397) heb aangegeven, acht ik het gebruik van een IBO door een bedrijf dat geen substantiële bedrijfsactiviteiten verricht onwenselijk. Ik ben bereid te onderzoeken in hoeverre het mogelijk is om in IBO's een bepaling op te nemen, waarbij alleen bedrijven die substantiële economische activiteiten ontplooien, gebruik zouden kunnen maken van de verdragsvoordelen (investeringsbescherming). Uw suggestie om daarbij ook te kijken naar het fiscale recht neem ik hierin mee.